Boden gebunden waren, als Zubehör des Guts, als pars fundi vindicirt wurden. In der angeführten Novelle von Valentinianus III. werden sie mit den Sklaven ausdrücklich auf gleiche Linie gestellt und rücksichtlich der Verjährung ebenso behandelt[48]).

Nach allem diesem halte ich die Meinung der älteren Praktiker für gerechtfertigt, daß der regelmäßige Zeitraum bei Verjährungen gegen den Fiscus 40 Jahre beträgt, und zwar sowohl bei der Klagenverjährung, als bei der Ersitzung.

III.

Ueber die exceptio: Quod vi aut clam.

Von Herrn Dr. Carl Alexander von Duhn.
Richter im Obergerichte zu Lübeck.

Das Bestreben jener späteren Canonisten und älteren Praktiker, welche der s. g. Spolienklage eine so große Ausdehnung zu geben suchten, daß davon ohne Weiteres zum Schutze eines jeden thatsächlichen Verhältnisses Gebrauch gemacht werden könne, mußte zur natürlichen Folge haben, daß die dadurch gleichsam überflüssig gewordenen Rechtsmittel des Römischen Klagensystems für das Bewußtsein der Juristen in den Hintergrund traten. Ebenso natürlich aber war es, daß auch in dieser Beziehung eine Reaction sich geltend machte, nachdem die schon früher von Anderen unternommene Widerlegung jener Theorie über die Spolienklage durch die Autorität Savigny's allgemeinere

48) Nov. Valentin. III. Tit. XXVI. § 4. „De originariis et colonis, inquilinis ac servis utriusque sexus, peculiis atque agnationibus designati juris, id est, perpetui, patrimonialis, emphyteuticarii et reipublicae, post triginta annorum curricula nulla deinceps actio moveatur. Et negotium, de quo per expressa tempora solenniter nemo pulsavit, novum nemo proponat.“

Anerkennung gefunden hatte [1]). Auch das Interdictum: Quod vi aut clam ward seitdem der Gegenstand verschiedener Untersuchungen [2]), deren einige jedoch die Nachwirkung der älteren Ansichten über die Spolienklage noch erkennen lassen. Als eine solche Nachwirkung dürften z. B. die von Sintenis für seine Meinung von der praktischen Entbehrlichkeit des Interdictum: Quod vi aut clam vorgebrachten Gründe zu betrachten sein. Wenn das Interdictum: Unde vi, welches bei dem Kläger juristischen Besitz und bei dem Beklagten vis atrox voraussetzt, jedem bloßen Detentor gegen jede einfache Eigenmacht gegeben wird, wie Sintenis [3]) will, so wird man freilich auch dem Pächter gegen den Eigenthümer helfen können in Fällen, wo

1) Vgl. Bruns, das Recht des Besitzes. S. 417--419.

2) Vgl. Hasse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. IV. S. 1—51. Francke im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXII. S. 350—394. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 607-615. Schmidt in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. Bd. I. S. 347--386. Zimmermann im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXVII. S. 218--244. Bd. XLI. S. 182—192. Schäffer im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. I. S. 1--25. Bd. II. S. 16—45. Hallwachs in demselben Archiv Bd. VI. S. 225—230. Dasselbe Archiv Bd. II. S. 479-493. Bd. III S. 142—149. Bd. IV. S. 336--340. Bd. VII. S. 171—172. Bd. IX. S. 141--142. Neue Folge Bd. I. S. 221—224. 288—292. 301—304. 310-315. Hesse, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn Bd. I. 1859. S. 263—268. Bd. II. 1861. S. 62—79. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht. 2. Auflage. Bd. II. S. 745--750, Note 58. Hesse in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deutschen Privatrechts Bd. VI S. 414—415.

3) l. c. S. 742, Note 48. Die von ihm (S. 749 unten) und von Schmidt (l. c. S. 385 in der Note) versuchte Verweisung auf die provisorischen Verfügungen ist mehr eine Verdeckung, als eine Ausfüllung der Lücke, welche im Rechtsleben entstehen würde, wenn man nicht auf das Interdikt recurriren könnte. Provisorische Verfügungen oder gerichtliche Inhibitorien sind ja doch weiter nichts, als eine prozessualische Form, deren man sich nur in Uebereinstimmung mit dem materiellen Rechte bedienen kann, zumal dieselbe eine im einzelnen Falle der Rechtfertigung bedürfende Abweichung von dem gewöhnlichen Prozeßgange enthält. Wird eine solche Verfügung oder die Bitte darum durch Thatsachen begründet, welche in dem Digestentitel: Quod vi aut clam als Grundlagen des Interdicts aufgeführt sind, so ist das ja doch nur eine Form für die Anwendung des Interdicts.

eine sich an die Quellen haltende Jurisprudenz ihn nur auf das Interdictum: Quod vi aut clam verweisen könnte. Ein solches Verwischen der eigenthümlichen Gestalt, welche die verschiedenen Rechtsmittel in den Quellen erhalten haben, ist aber für die Praxis mehr hinderlich, als förderlich, weil dieselbe des Zusammenhanges mit den Quellen und der in denselben wurzelnden Wissenschaft sich bewußt bleiben muß, wenn sie nicht in Willkür ausarten soll. Wie sehr darunter das Rechtsleben leiden kann, und wie dagegen eine genaue Beachtung der Quellen manchen befürchteten Uebelständen abzuhelfen geignet ist, — das zeigt sich bei der exceptio: Quod vi aut clam, die in den oben (Note 2) citirten Abhandlungen über das Interdict theils gar nicht, theils nur obenhin berührt, theils entschieden unrichtig behandelt ist.

Die beiden Stellen, worauf die Einrede sich gründet, sind: L. 7 § 3 D. Quod vi aut clam (Ulpianus Lib. 71 ad Edictum):

Bellissime apud Julianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc Interdicto: Quod non tu vi aut clam feceris? utputa utor adversus te Interdicto Quod vi aut clam: an possis objicere mihi eandem exceptionem: Quod non tu vi aut clam fecisti? Et ait Julianus, aequissimum esse, hanc exceptionem dari. Nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam, et utaris adversus me Interdicto: hanc exceptionem profuturam: quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa; alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet.

L. 22 § 2 D. eodem (Venulejus Lib. 2 Interdictorum):

Si ad januam meam tabulas fixeris, et ego eas prius, quam tibi denunciarem, refixero, deinde invicem Interdicto Quod vi aut clam exegerimus (Haloander liest hier egerimus): nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut exceptionem mihi profuturam: Si non vi, nec clam, nec precario feceris.

In diesen beiden Stellen steht kein Wort, was zu der

von Zimmermann[4]) und Schäffer[5]) aufgestellten Behauptung, daß die Einrede, um beachtet werden zu können, eine sofortige Geltendmachung der Selbsthülfe voraussetze, — irgend welchen Anlaß hätte geben können, wie denn auch die, unten zu erwähnenden, älteren und neueren Schriftsteller von einer solchen Voraussetzung nicht reden, ihr vielmehr widersprechen[5a]). Freilich wird nun auch von Zimmermann und Schäffer diese Behauptung nicht sowohl auf die beiden Stellen selbst, als vielmehr auf § 6 I. de interdictis (IV, 15) und L. 1, § 27, L. 3, § 9, L. 17 D. de vi (XLIII. 16) gestützt, von Schäffer außerdem noch auf L. 6, § 1 D. Si serv. vind. (VIII. 5), deren unten gedacht werden wird. Jene vier Stellen aber handeln gar nicht vo dem Interdictum: Quod vi aut clam, sondern von dem Interdictum de vi, was nach der Meinung Zimmermann's (l. c. S. 188) deßhalb nicht in Betracht kommen soll, weil nach L. 15 D. de vi die gleiche Behandlung beider Interdicte sehr nahe liege. Die L. 15 cit. besagt, daß der mit einem der beiden Interdicte verantwortlich gemachte Beklagte für das Interesse haften müsse, wenn er auch den Besitz schon wieder verloren haben sollte. Zu diesem Resultate führt allerdings die beiden Interdicten zum Grunde liegende Consequenz einer obligatio ex delicto. Kann aber aus einem solchen theilweisen Zusammentreffen der Consequenzen beider Interdicte folgen, daß ihre anderweitigen Verschiedenheiten nicht weiter in Betracht kommen? Das Interdictum: Unde vi setzt nach L. 1, §§. 3, 29 D.

---

4) Archiv f. civil. Praxis Bd. XLI. S. 187—188.

5) Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. I. S. 12—14.

5a) Die Meisten freilich nicht ausdrücklich, weil sie gar nicht auf einen solchen Gedanken kommen. Nur Dionysius Gothofredus sagt in den Noten seiner Ausgabe des Corpus juris zu L. 7 § 3 citata: Vi uti etiam ex intervallo pro suis rebus recuperandis permissum ergo fuerit. — Den von Zimmermann selbst (S. 87 Note 29) schon genannten älteren Schriftstellern, welche die Einrede allgemein, d. h. ohne Beschränkung auf sofortigen Eintritt der Selbsthülfe, für zulässig erklären, können noch beigefügt werden: Hofacker, principia juris civilis III. § 4089 i. f. — Unterholzner, Schuldverhältnisse II. § 398, S. 182. Mühlenbruch, Pandekten II. § 462. Puchta, Pandekten § 386, Nr. 3.

de vi Gewalt gegen Personen (vis atrox) voraus. Selbsthülfe gegen eine persönliche Gewalt gestaltet sich zu einem persönlichen Kampfe und ist deßhalb nach L. 17 de vi nur in ipso congressu statthaft. Wie Zimmermann (l. c. S. 187 Note 21) auf den Gedanken hat kommen können, daß in L. 22 § 2 D. Quod vi aut clam „augenscheinlich von einem solchen Falle der Nothwehr die Rede" sei, ist unbegreiflich, da die Worte prius, quam tibi denunciarem deutlich erkennen lassen, daß die Selbsthülfe hier als clam geübt (vgl. L. 3 § 7, L. 5 pr. u. § 1 Quod vi aut clam) vorausgesetzt wird. Ist es überall denkbar, daß man in ipso congressu und dabei doch clam handeln könne? Wenn ein clam factum clam beseitigt wird, so ist ein zeitlicher Zwischenraum zwischen den beiden heimlichen Handlungen mit innerer logischer Nothwendigkeit gegeben, während die Nothwendigkeit sofortigen Eintritts der Selbsthülfe mit dem Wesen der vis atrox untrennbar zusammenhängt und also auf das Interdictum: Unde vi, weil und insoweit es eine vis atrox voraussetzt, beschränkt bleiben muß. Sollte vielleicht die Meinung dahin gehen, daß der Beklagte sofort nach erlangter Kenntniß gehandelt haben müsse? Unter welcher Voraussetzung das richtig sein kann, soll unten erörtert werden. Betrachten wir zunächst die oben abgedruckten beiden Stellen, bei deren Vergleichung sich zeigt, daß sie unter einander verschieden sind in folgenden Punkten:

1) Die L. 22, § 2 cit. redet von Handlungen, die an dem Eigenthum des Beklagten (ad januam meam) vorgenommen sind, wo also die Selbsthülfe von dem Eigenthümer in suo geübt ist. — Die L. 7 § 3 cit. dagegen hat einen solchen Fall nicht im Auge, führt vielmehr durch die Worte: si tu aedificaveris vi aut clam auf den Gedanken, daß hier von der Zerstörung eines Baues die Rede sei, den der Kläger auf seinem Eigenthum errichtet hat. Es handelt sich also in der L. 7 § 3 von Uebung der Selbsthülfe in alieno.

2) Die L. 7 § 3 supponirt bei dem Kläger ein vi aut clam factum, die L. 22 § 2 dagegen ein vi aut clam aut precario factum. Hasse (Rhein. Mus. IV. S. 41—42) weiß mit diesem precario nichts anzufangen und meint deß-

halb: man müsse fast glauben, daß es aus der Geläufigkeit der Verbindung dieser drei Vitia beim Besitz auf irgend eine Art in diese Stelle hineingekommen sei. Heimbach dagegen (Rechtslexikon V. S. 615) betont das für das Wort precario sprechende Zeugniß der Handschriften und macht um dieses Wortes willen unsere Einrede zu einer „Einrede der vitiosa possessio." Da das Interdict selbst Besitz des Klägers gar nicht verlangt, so kann das nicht richtig sein, und man ist daher, wenn man nicht mit Hasse eine reine Gedankenlosigkeit voraussetzen will, genöthigt, die Existenz des Wortes precario in L. 22 § 2 und sein Fehlen in L. 7 § 3 aus der Verschiedenheit der in beiden Stellen vorausgesetzten faktischen Verhältnisse zu erklären. Mag man nun die tabulas ad januam fixas mit Raevardus[6]) für ein Citationsdocument, oder mit Cujacius[7]) für den Beweis einer auf dem Hause haftenden Hypothek ansehen, oder endlich mit Duarenus[8]) die fragliche Handlung mit den im Cod. Just. II. 15, 16 enthaltenen Strafdrohungen in Verbindung bringen, so kann doch bei allen diesen Erklärungen von einer Beziehung des Wortes precario auf die specielle Handlung offenbar keine Rede sein, weil niemals Jemand bittweise von dem Eigenthümer die Erlaubniß zu einer solchen Handlung begehren und kein Eigenthümer einem darum Bittenden die Erlaubniß geben würde. Venulejus muß also bei den Worten nec precario an die allgemeine juristische Natur der von ihm vorausgesetzten Sachlage gedacht haben, welche verdeutlicht wird durch Betrachtung einer anderen Stelle, in der von der bittweisen Errichtung einer Mauer die Rede ist, und worin drei Fälle unterschieden werden, die wir durch Buchstaben trennen wollen:

L. 17 D. Communia praediorum (VIII. 4) (Papinianus Lib 7 Quaestionum):

a) Si precario vicinus in tuo maceriem duxerit, interdicto Quod precario agi non poterit: nec maceria

---

6) cfr. Raevardi Opera. Francofurti 1601 p. 876—880.

7) cfr. Cujacii Observationes Lib. XVI. c. 12 i. f.

8) cfr. Duareni Opera. Francofurti 1592 pag. 1074 cap. 40.

posita donatio servitutis perfecta intelligitur: nec utiliter intendetur, jus sibi esse, invito te, aedificatum habere: cum aedificium soli conditionem secutum inutilem faciat intentionem. b) Caeterum, si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto Quod precario utiliter cum eo agetur. c) Quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.

Ueber den Fall sub. a) bemerkt die Glosse: Agi non poterit — ut maceria removeatur, et est ratio: quia ipse, qui proponit interdictum, habet penes se, quod precario dedit, non autem habet, qui rogavit; quod est necesse, ut hoc interdictum locum habeat, ut L. 8 pr. de precario. — Quid ergo poterit facere? Respondeo: sua auctoritate removere potest: ut L. 29 § 1 ad L. Aquiliam.

Die in diesen Worten der Glosse ganz richtig erläuterte Entscheidung Papinian's hängt zusammen mit dem Grundsatze, daß ein precarium suae rei unmöglich ist, also auch nicht mit dem interdictum de precario zurückgefordert werden kann [9]), mit Ausnahme des Falles, wo der Eigenthümer von dem berechtigten Besitzer, z. B. dem Pfandgläuber, die Einräumung des Besitzes precario erhalten hat [10]). Wenn also A dem B irgend eine Anlage precario gestattet, solche nachher vi aut clam zerstört hat, dieserhalb von B mit dem interdictum: Quod vi aut clam belangt wird, und dieser Klage mit Erfolg die Einrede: si non precario feceris entgegensetzen kann, so muß A nothwendig als Eigenthümer oder juristischer Besitzer des Grundstücks gedacht werden, worauf die Anlage gemacht ist. So erklärt sich das Wort precario in der L. 22 § 2 citata. —

9) cfr. L. 40 § 3 D. de acquirenda vel amittenda possessione (XLI. 2). L. 1 § 11 D. de itinere actuque privato (XLIII. 19). L. 4 § 3 D. de precario (XLIII. 26). L. 45 pr. D. de R. J. (L. 17).

10) cfr. L. 6 § 4, L. 7, L. 11, L. 22 pr. i. f. D. de precario.

Aus dem Umstande, daß Venulejus bei unserer Einrede auch von einem precario factum redet, Ulpian aber davon schweigt, ergibt sich demnach ein weiterer Beweisgrund dafür, daß die L. 7 § 3 von der Selbsthülfe in alieno, die L. 22 § 2 dagegen von der Selbsthülfe in suo handelt.

Bei solcher durchgängig festgehaltenen Verschiedenheit der in unseren beiden Stellen vorausgesetzten Fälle ist 3) die weitere Verschiedenheit offenbar von Bedeutung, daß eine beschränkende Clausel ähnlichen Inhalts, wie der Schluß der L. 7 § 3 sie darbietet in den Worten:

> quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa; alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet,

in der L. 22 § 2, welche von der Selbsthülfe in suo handelt, überall nicht zu finden ist.

Schon die Glosse hat die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes hervorgehoben. Bei L. 7 § 3 zählt sie ad voc. „magna" zu den Ausnahmen von der in der Schlußclausel enthaltenen Beschränkung den Fall der L. 22 § 2, bei welcher letzteren Stelle sie sich ausführlicher äußert ad voc: aut exceptionem:

Hoc intelligendum, quando ego refixi tabulas primo positas ex magna et necessaria causa, ut L. 7 § 3 supra, 2) Vel dic verius, quod hic dicitur, exceptionem mihi dandam indistincte: intelligatur, sive ex necessaria causa refixi tabulas, sive non; quod enim fixum est in janua mea a me possessa, possum auctoritate mea demoliri arg. L. 29 § 1 ad L. Aquiliam. Quod autem legitur L. 7 § 3, intelligendum est, quando aedificavit aliquis clam in suo, non in meo. L. 1 § 3 D. de eo, per quem factum erit (II. 10), L. 2 § 15 D. Ne quid in loco publico (XLIII. 8). L. 39 D. Soluto matrimonio (XXIV. 3). L. 13 § 11 D. de damno infecto (XXXIX. 2). L. 2 D. Ne quis eum (II. 7). L. 12 § 1 D. Quod metus causa (IV. 2).

Den praktischen Consequenzen der angedeuteten Verschiedenheiten in dem Inhalte beider Stellen ist mehr Anerkennung zu Theil geworden, als diesen Verschiedenheiten selbst, in deren

richtiger Hervorhebung die Glosse keinen Nachfolger in der späteren Literatur, so weit solche dem Verfasser dieser Zeilen bekannt ist, gefunden hat. Cujacius[11]) gestattet die Selbsthülfe nach der unbeschränkten Fassung von L. 22 § 2 für alle Fälle, und sieht in den Schlußworten der L. 7 § 3 nur eine Warnung, eine Mahnung zur Vorsicht, indem er sagt: quamquam in omnibus his casibus et aliis plerisque, quae licet mihi exequi meo jure, honestius, melius, et tutius sit exequi per judicem. Auch Donellus[12]) bezieht jene Schlußworte auf alle Fälle, versteht sie aber als rechtliche Bedingung, und zwar die Worte magna et satis necessaria causa als Nothstand, — eine Auffassung, worin ihm manche Spätere[13]) nachgefolgt sind. Duarenus[14]) versteht in direktem Widerspruche mit den Worten der L. 7 § 3 diese Stelle von einer Selbsthülfe in suo. Einen ganz eigenthümlichen Gedanken sucht Anton Faber an drei verschiedenen Stellen seiner Werke[15]) geltend zu machen. Ihm ist nicht entgangen, daß eine den Schlußworten der L. 7 § 3 entsprechende Beschränkung in der L. 22 § 2 nicht vorkommt. Zur Ausgleichung dieses Unterschiedes, für den er keinen Grund sieht[16]), erklärt er jene Schlußworte ohne Weiteres für ein emblema Tribonian's, dem er dieserhalb Unwissenheit vorwirft. Denselben Vorwurf hatte bei einer anderen Gelegenheit Hotman gegen Tribonian erhoben, worüber v. Savigny[17]) die Bemerkung macht, daß diese Meinung „wohl

---

11) Observationes Lib. XVI. cap. 12.

12) Commentar. de jure civili Lib. XV. cap. 34. (Francofurti, 1595. III. p. 491).

13) Vgl. z. B. Voet, Comment. ad Pand. XLIII. 24 i. f. Hesse, Verhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbaren. Bd. II. S. 74 Nr. 3.

14) Opera. pag. 66.

15) cfr. Ant. Faber, Conjecturae juris civilis Lib. XII. cap. 17 (Lugduni, 1596 Vol. III. p. 139—140) Lib. XVI. c. 19. (ibidem Vol. IV. p. 377—378). — De erroribus pragmaticorum Decas 77 error. 4 (Lugduni, 1658. T. II. p. 328—330).

16) In den Conjectur. XII. 17 heißt es: Tribonianus, nescio qua ratione motus, de suo subjecit etc.

17) Das Recht des Besitzes. 5. Aufl. S. 494.

eher für unwissend gelten könnte", — eine Bemerkung, an die man bei den Worten Faber's „nescio qua ratione motus" erinnert wird, weil in der That sich jener Zusatz durch die Eigenthümlichkeit des in der L. 7 § 3 vorausgesetzten Falles ganz wohl erklärt, sobald man nur die juristische Natur der exceptio: Quod vi aut clam etwas näher betrachtet.

Das Wesen dieser Einrede wird in der L. 22 § 2 durch zwei sich einander gegenüberstehende Interdicte verdeutlicht. A hat eine auf seinem Eigenthume von B heimlich gemachte Anlage heimlich beseitigt. Daß dem B dieserhalb gegen den A das Interdict überhaupt gegeben und nicht etwa deßhalb, weil A in suo gehandelt habe, versagt wird, ist allerdings ein klarer Beweisgrund dafür, daß auch der Eigenthümer wegen dessen, was er auf seinem Eigenthume in Ausübung seines Rechts gethan hat, dem Interdicte ausgesetzt ist [18]). Er kann sich aber dadurch schützen, daß er wegen der früheren heimlichen Handlung des B gegen diesen seinerseits das Interdict gebraucht. Beide Interdicte gehen auf das Interesse. Klagt nun B auf Herstellung der heimlich beseitigten Anlage als sein Interesse, so macht A mit seinem Interdicte das Interesse geltend, welches er bei Fortschaffung der heimlich errichteten Anlage hat. Die hieraus hervorgehende Consequenz der gegenseitigen Aufhebung beider Interdicte drückt Venulejus mit den Worten aus: nisi remittas mihi, ut absolvar: condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit.

Die Glosse hat auf die allgemeinere juristische Natur der aus einer solchen Sachlage sich ergebenden Einrede hingewiesen, indem sie bei L. 7 § 3 die folgenden Stellen citirt: L. 2 § 15 D. Ne quid in loco publico (XLIII. 8), L. 36 D. de dolo

18) Daß dies aus der L. 22 § 2 sich ergibt, ist schon hervorgehoben von Suarez de Mendoza, Commentarius ad L. Aquiliam Lib. I. Cap. 2. Sect. 6, §§ 13—15 (bei Meerman, Novus Thesaurus Tom. II. p. 29) und Lib. II. Cap. 2. Sect. 10, § 17—20 (daselbst p. 113). Es ist auffallend, daß Schmidt in seiner (oben Note 2 citirten) Abhandlung sich nicht auf diese Stelle berufen hat. Sie würde ihm auf S. 356 in seiner Polemik gegen Francke gute Dienste geleistet, ihn aber selbst auch vielleicht auf andere Gedanken gebracht und dadurch in anderer Hinsicht gerechter gegen Francke gestimmt haben.

malo (IV. 3), L. 154 D. de reg. jur. (L. 17), L. 37 C. de liberali causa (VII. 16), L. 2 D. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat (II. 7), L. 3 § 3 D, de eo, per quem factum erit (II. 10), L. 10 D. de compensationibus (XVI. 2). — Allen diesen Stellen gemeinsam ist der Gedanke der Compensation zweier Delicte, und es ist also nicht, wie Heimbach (l. c. S. 615) anzunehmen scheint, erst Hasse auf diesen Gedanken gekommen. Nach dem Vorgange der Glosse ist er auch schon von Anderen [19]) auf unsere Einrede angewendet.

Wird nun durch die exceptio: Quod vi aut clam die Compensation zweier Delicte mit Erfolg geltend gemacht, so könnte man fragen: weshalb denn nicht auch in dem Falle der L. 7 § 3 solche Compensation genüge, um das vom Beklagten begangene Delict für ihn unschädlich zu machen? weßhalb es dort noch außerdem einer magna et satis necessaria causa bedürfe? — In der That wirft Anton Faber diese Frage auf und erklärt sie für unlösbar. Zu ihrer Beantwortung dürfte man gelangen, wenn man den in der L. 7 § 3 vorausgesetzten Fall einer Selbsthülfe in alieno zunächst einmal ohne Rücksicht auf die L. 7 § 3 in seinen rechtlichen Consequenzen betrachtet.

A macht auf seinem Grundstücke eine Anlage, welche das Interesse des B verletzt, wodurch z. B. eine dem B zustehende Servitut beeinträchtigt wird. Daß B hiergegen auf der Stelle, d. h. im Falle etwaiger Heimlichkeit der Anlage auf der Stelle nach erlangter Kenntniß, einschreiten muß, insofern er den Besitz der Servitut sich erhalten will, folgt aus den Schlußworten der L. 6 § 1 D. Si servitus vindicetur: „si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.“ Eben diese Stelle aber gibt auch die Mittel des Einschreitens an: Widerspruch (dort symbolisirt durch den jactus lapilli) und in dessen Gefolge entweder die petitorische Klage (civilis

19) Vgl. z. B. Lauterbach, Collegium Pandectarum theoretico — practicum XLIII. 24 § 7 Nr. 2 i. f. verbis: et sic fit quasi compensatio.

actio) oder das Interdictum: Quod vi aut clam[20]). Wenn er nun statt der Anstellung dieser Klage dasjenige, was er mit ihr erreichen könnte, sich selbst vi aut clam verschafft und sodann dieserhalb von A mit demselben Interdict belangt wird, so kann er dagegen mit seinem Interdicte nicht mehr compensiren, weil er das Letztere nach der L. 7 D. ad L. Juliam de vi privata (XLVIII. 7) durch seine Selbsthülfe bereits verloren hat. Nach den Worten dieser Stelle kann der Eigenthümer bei der Selbsthülfe in suo einem gleichen Nachtheil nicht unterliegen. Das Interdictum: Quod vi aut clam ist, wenn auch brauchbar zum Schutze dinglicher Rechte, doch obligatorischer Natur, insofern damit ein ex delicto entsprungener Anspruch (jus crediti) verfolgt wird. Wer zur Durchsetzung eines solchen Anspruches auf dem Eigenthum seines Schuldners vi aut clam etwas thut, der fällt unter die Worte der L. 7 citata: „si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente: Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere." Von dem in suo handelnden Eigenthümer wird man nie sagen können: eum in rem debitoris sui intrasse, und deßhalb kann er sein Interdict nach dem Decretum D. Marci um seiner Selbhülfe willen nicht verlieren, kann also nach der L. 22 § 2 citata mit demselben compensiren. Wer dagegen auf dem Grundstücke eines Anderen Selbsthülfe geübt hat, kann es nur dann, wenn ihn vor dem Verluste seines Interdicts auf Grundlage des Decretum D. Marci der Umstand schützt, daß seine Selbsthülfe durch irgend einen Nothstand[21]) entschuldigt war. — Diesen Gedanken drückt Ulpian in der L. 7 § 3 Quod vi aut clam dadurch aus, daß er eine magna et satis necessaria causa fordert.

Gegen die nach dem Obigen aus den Quellen deutlich sich

---

20) Daß dies Interdict, obgleich selbst nicht possessorischer Natur, in solchen Fällen wegen seiner größeren Vortheilhaftigkeit das freilich auch zuständige interdictum: Uti possidetis in der Regel überflüssig macht, zeigt v. Savigny, Besitz. 5. Aufl. S. 555. Note 1.

21) Ein Beispiel solchen Nothstandes enthält der Fall, welcher im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I. S. 24—25 und im Archiv für civilistische Praxis Bd. XLI. S. 191—192 erwähnt ist.

ergebende Natur der exceptio: Quod vi aut clam als einer exceptio compensationis duorum delictorum hat Heimbach das in der L. 22 § 2 cit. vorkommende Wort precario geltend gemacht. Oben haben wir bereits ausgeführt, daß Venulejus unseres Erachtens dieses Wort deßhalb aufgenommen hat, weil er den speciellen Fall der tabulae in janua fixae unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer Selbsthülfe in suo brachte. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, wie der Jurist dazu kommt, den Fall der clandestina demolitio eines precario factum, bei dem doch von gegenseitigen Delicten jedenfalls nicht die Rede sein kann, mit der Compensation solcher Delicte zusammenzustellen.

Sollte sich in einem solchen Falle der Eigenthümer nicht auf die oben (S. 48—49) abgedruckte L. 17 D. Communia praediorum berufen können? Dort wird ihm nur für den von uns mit b) bezeichneten Fall einer Errichtung der Mauer auf dem ihm dienenden fremden Grundstücke das interdictum: Quod precario gegeben, für den Fall sub a) jedoch versagt, weil er jure dominii die Mauer beseitigen kann.

Für die Verneinung dieser Frage spricht L. 1 §§ 2, 3 Quod vi aut clam, und die L. 22 § 2 stimmt insofern damit überein, als es der exceptio: Quod non precario feceris überall nicht bedürfte, wenn nicht auch dieser Fall einer Ausübung des Eigenthumsrechts an und für sich das Interdictum: Quod vi aut clam begründete.

Warum gibt ihm aber Venulejus hiergegen die exceptio precarii? Warum stellt er diese Einrede mit der exceptio: Quod vi aut clam zusammen?

Die Antwort auf diese Fragen liegt in seinen unmittelbar vorhergehenden Worten: quanti mea intersit. Die exceptio precarii hat mit der exceptio: Quod vi aut clam das Merkmal gemein, daß dadurch eine wesentliche Voraussetzung des Interdictum: Quod vi aut clam, nämlich das rechtliche Interesse des Klägers[22]), diesem Beklagten

---

22) cfr. L. 7 § 7, L. 12, L. 15 §§ 7—12, L. 16 pr. u. § 1 D. Quod vi aut clam. Archiv für prakt. Rechtswissenschaft. Bd. III. S. 142 bis 149, Bd. IV. S. 336—340, Bd. VII. S. 171. Neue Folge Bd. I. S. 221—224. 303. 312—314.

gegenüber bestritten wird, — ein Gesichtspunkt, welcher der L. 1 §§ 2, 3 D. Quod vi aut clam gegenüber von praktischer Wichtigkeit ist. Der bei dem hiesigen Obergerichte vorgekommene Fall, welcher zu der vorliegenden Abhandlung die Veranlassung gegeben hat, scheint geeignet, das anschaulich zu machen.

Ein Stellbesitzer in einem Lübeckischen Dorfe hatte ein neben seinem Garten liegendes Stück Land, welches von ihm als „seine Holzhude", von der Dorfschaft aber als ein Stück ihrer Freiweide bezeichnet wurde, mit einer Befriedigung umgeben. Die Dorfschaft will, worüber Jener sich mit Nichtwissen erklärte, dagegen protestirt und auch bei der Polizeibehörde Beschwerde geführt haben, jedoch vergeblich. Es wurde darauf in einer Versammlung der Dorfschaft beschlossen, die Befriedigung einreißen zu lassen, was demnächst auch durch zwei damit beauftragte Arbeitsleute geschah. Die Bestandtheile der Befriedigung wurden dem Stellbesitzer in seinen Garten geworfen, wodurch er Schaden an Küchengewächsen erlitten haben will. Auf Ersatz dieses Schadens und Herstellung der Befriedigung klagend, berief er sich auf das Interdictum: Unde vi und die Spolienklage. Die Dorfschaft berief sich excipiendo auf ihr Eigenthum, welches sie durch eine unter Anwendung der Flurkarte vorzunehmende gerichtliche Localbesichtigung zu constatiren bat. Die erste Instanz erkannte auf Beweis des klägerischen Besitzes, wogegen der Kläger appellirend vor dem Obergerichte geltend machte, daß er auf seinen Besitz gar kein Gewicht legen wolle, sondern lediglich auf die Thatsache des eigenmächtigen Einreißens der Befriedigung, indem er sich eventuell auf das Interdictum: Quod vi aut clam berief. Das Obergericht glaubte, ohne den Mangel der vis atrox zu erörtern, von dem Interdictum: Unde vi und der Spolienklage schon deßhalb absehen zu müssen, weil jedenfalls keine Dejection vorlag. Das Interdictum: Quod vi aut clam fand man begründet, aber zugleich auch unter Voraussetzung des beklagtischen Eigenthums oder Besitzes an dem eingefriedigten Landstücke die exceptio: Quod vi aut clam. Eines klägerischen Beweises bedurfte es demnach nicht mehr. Was

aber hatte die Dorfschaft zu beweisen? Die theoretischen Grundlagen der exceptio: Quod vi aut clam waren hier außer ihrem Eigenthum ihre durch Protest und Beschwerde bei der Polizeibehörde geübte prohibitio der klägerischen Anlage. Wären ihr alle diese Momente copulativ zum Beweise verstellt worden, so würde für den Fall, daß der Beweis der prohibitio mißlingen, der Beweis des Eigenthums gelingen sollte, die Consequenz dahin führen, daß die Dorfschaft eine Befriedigung würde herstellen müssen, die sie als Eigenthümerin sofort wieder einreißen dürfte. So blieb nichts übrig, als ihren Beweis auf Eigenthum oder juristischen Besitz an dem eingefriedigten Platze zu beschränken, eben so, als ob possessorisch geklagt und petitorisch excipirt wäre.

Könnte man einem solchen Urtheil die L. 1 § 3 D. Quod vi aut clam entgegen halten? —

Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit objicere: „Quod non jure meo receperim." Et magis est, ne possit; nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

Schmidt meint in seiner gegen Francke gerichteten Abhandlung, daß nach dieser Stelle der Beklagte dem Interdictum: Quod vi aut clam eine auf sein Recht gegründete Einrede nicht entgegensetzen könne [23]), wie er denn auch in jener ganzen Abhandlung selbst der exceptio: Quod vi aut clam und der anderen in dem Digestentitel: Quod vi aut clam erwähnten Einreden überall nicht gedenkt. Er hat offenbar übersehen, daß mit den Worten „nulla justa exceptione" nur ein beschränkter Kreis von Exceptionen bezeichnet ist, da nach L. 66 D. de R. I. (L. 17) nur derjenige Schuldner frei wird, qui nactus est exceptionem justam, **nec ab aequitate naturali abhorrentem** [24]). Schon die Glosse hat bei L. 1 § 3 citata ad voc. justa auf die beschränkende Bedeutung dieses Wortes auf-

23) Vgl. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge Bd. I. S. 349—350.

24) Ueber diese Unterscheidung vgl. Fein im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXVI. S. 377—393. Buchka, Einfluß des Processes Thl. I. S. 320—323. v. Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 116—119.

merksam gemacht, und zu den dadurch nicht ausgeschlossenen, also zulässigen, Einreden außer den in dem Titel: Quod vi aut clam ausdrücklich genannten auch die in L. 3 § 13 D. ad exhibendum (X. 4) erwähnten gerechnet. Wäre die exceptio compensationis duorum delictorum auch nicht in der L. 7 § 3 und L. 22 § 2 ausdrücklich zugelassen, so würde sie doch durch die Worte „nulla justa exceptione" schon deßhalb nicht ausgeschlossen sein, weil als Quelle jeder Compensation eben die aequitas bezeichnet wird [25]), was bei unserer Einrede insofern entscheidend ins Gewicht fällt, als dadurch die für das Interdict nothwendige Voraussetzung des klägerischen Interesse's beseitigt wird. Die starke Wirkung dieses letzteren Moments tritt in der Möglichkeit hervor, durch bloße Berufung auf Eigenthum oder Besitz des Beklagten trotz der L. 1 §§ 2 und 3 Quod vi aut clam das Interdict auszuschließen, wenn auch nur im Wege einer exceptio: Quod vi aut clam aut precario.

In Betreff der sonstigen Meinungsverschiedenheiten über das Interdictum: Quod vi aut clam dürfte sich aus der vorstehenden Erörterung ergeben:

1) Daß die Zulassung des Interdictum: Quod vi aut clam gegen Handlungen, die der Eigenthümer in suo vornimmt, praktisch nicht so gefährlich ist, wie Francke befürchtet. Die exceptio: Quod vi aut clam aut precario verdankt ihre ganze Stellung in dieser Lehre blos dem Gewichte, welches die Römischen Juristen auf das rechtliche Interesse des Klägers, als nothwendige Voraussetzung des Interdicts, gelegt haben. Wenn die Rücksicht auf den Mangel jenes Interesse dem Eigenthümer es möglich macht, auf seinem Grund und Boden gegen eine fremde Anlage zur Selbsthülfe zu schreiten, so bringt es die Consequenz mit sich, daß er auch bei einer eigenen Anlage die Befugniß haben muß, mit dem rechtlichen Interesse eines etwa widersprechenden Nachbars es genau zu nehmen. Wenn Francke z. B. (Archiv XXII. S. 355) be-

25) In L. 18 D. de compensationibus und L. 5, 6 C. de compens. (IV. 31) ist die Rede von aequitas compensationis; in L. 36 D. de admin. et peric. tutor. (XXVI. 7) heißt es: aequitas, quae merum jus compensationis inducit etc.

fürchtet, daß der Anlegung einer Kegelbahn von einem Nachbar deßhalb widersprochen werden könnte, weil er dadurch in einträglichen wissenschaftlichen Arbeiten gestört werde, so sind wir dagegen der Meinung, daß jeder Römische Jurist einen solchen widerspruchslustigen Schriftsteller auf jenen studiosus alicujus doctrinae verwiesen haben dürfte, von dem Paulus redet in L. 17 D. ad exhibendum (X. 4), indem er geltend macht: non oportere jus civile calumniari, neque verba capiari: sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. — Daß die gegenwärtige Praxis unserer deutschen Gerichte es jedenfalls nicht weniger strenge mit dem Nachweise des klägerischen Interesse's nimmt, und daß der gedachte Spruch des Lübeckischen Obergerichts, soweit er die Einrede und den zu deren Begründung genügenden Beweis betrifft, mit jener Praxis übereinstimmt, zeigen die im Archiv für praktische Rechtswissenschaft (an den oben Note 22 erwähnten Stellen) mitgetheilten Präjudicate.

2) Schmidt[26]) und Hesse[27]) wollen das Interdictum: Quod vi aut clam u. a. deßhalb beseitigt wissen, weil sie meinen, daß dadurch die Selbsthülfe mehr beschränkt werde, als die Bedürfnisse des Rechtslebens und die rechtlichen Ueberzeugungen unseres Volkes gestatten. Nach der Lehre von Sintenis, welcher mit ihnen über die Beseitigung dieses Interdicts einverstanden ist, wird die dadurch entstehende Lücke im Rechtssystem u. a. von dem Interdictum: Unde vi ausgefüllt, sofern bei demselben auf das Erforderniß einer Gewalt gegen die Person (vis atrox) kein Gewicht gelegt wird. Durch die Nichtbeachtung dieses Erfordernisses aber und seines Zusammenhanges mit den bei dem Interdictum: Unde vi geltenden Grundsätzen über Selbsthülfe sind Schäffer und Zimmermann dazu gekommen, diese Grundsätze über ihre quellenmäßigen Gränzen hinaus auch auf die exceptio: Quod vi aut clam anzuwenden, und so die Selbsthülfe mehr zu beschränken, als es im Sinne der Römischen Juristen lag. Die

26) Zeitschrift für Civilr. u. Proc N. F. I S. 385—386.

27) Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbaren. II. S. 77—78.

Verfolgung des von den Gegnern des Interdictum: Quod vi aut clam gewiesenen Weges hat also gerade zu den Gefahren geführt, die sie von ganz anderer Seite her befürchteten.

Welche dieser Lehren entspricht nun mehr den Bedürfnissen des Rechtslebens? Welche steht im Widerspruche mit dem Rechtsbewußtsein unseres Volkes?

IV.

Ueber den Beweis des Irrthums bei der condictio indebiti.

Von Herrn Dr. Friedrich Zimmermann,
Hofgerichtsrath zu Gießen.

Kaum hat man der praesumtio doli überall im Rechtsgebiete die Thüre gewiesen, so tritt schon wieder eine praesumtio erroris auf. Es ist wahr, dieselbe ist schon sehr alt, allein sie schien eine Zeitlang wegen der fast einstimmigen entgegengesetzten Lehre der Theoretiker beseitigt zu sein [1]), bis sie sich neuerdings in der Praxis wieder geltend macht. Man soll nämlich bei der condictio indebiti vermuthen, daß eine Zahlung irrthümlich erfolgt sei, wenn nur nachgewiesen werde, daß die Zahlung indebite geschehen wäre, bald ganz allgemein, bald nur als Regel, bald nur mit der Wirkung, daß dem Kläger der Erfüllungseid in Bezug auf den Irrthum auferlegt werden könne. Wie es gehalten werden soll, wenn von dem Gegner des Condicirenden sofort die Zahlung einer Nichtschuld zugegeben, und nur der Irrthum in Abrede gestellt wird, darüber findet sich nirgends

---

1) Sintenis Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. II. (1847) § 109. Note 57. S. 527 ist ganz erstaunt über die abweichende Ansicht Puchta's, indem er sich ausdrückt: „Wie Puchta, Lehrbuch der Pandekten § 309 hinter i) dazu kommt, zu behaupten „der Beweis des Irrthums liege dem Kläger nicht ob", weiß ich nicht."